

Este documento está publicado en:

Parejo Alfonso, L. (1978). La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán (II). *Revista española de derecho administrativo, parte estudios*, 19, pp. 541-570.

*Luciano Parejo Alfonso*

## La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán (II)\*

Sumario: V. La regulación constitucional de la expropiación; los términos del problema de su delimitación para con respecto a la definición del contenido y límites del derecho de propiedad. 1. La evolución histórica de la expropiación; de la cristalización de su formulación clásica a la ampliación de su ámbito en la época de la República de Weimar. 2. La expropiación en la Ley Fundamental de Bonn. 3. Los intentos de delimitación de la expropiación para con respecto a la definición del contenido y límites del derecho de propiedad. A) La teoría del acto concreto («Die Einzelakttheorie») y sus variantes. B) La teoría del sacrificio especial («Die Sonderopfertheorie»). C) La teoría de la gravedad de la lesión («Schweretheorie»). D) La teoría de la dignidad de la protección («Schutzwürdigkeitstheorie»). E) Teoría de la exigibilidad («Zumutbarkeitstheorie»). F) Teoría de la minoración de la sustancia («Substanzminderungstheorie»). G) Teoría de la utilidad privada («Privatnützigkeitstheorie»). H) Otras posturas doctrinales; la resignación doctrinal ante la dificultad de hallar una fórmula abstracta válida con carácter general.

### V. LA REGULACION CONSTITUCIONAL DE LA EXPROPIACION; LOS TERMINOS DEL PROBLEMA DE SU DELIMITACION PARA CON RESPECTO A LA DEFINICION DEL CONTENIDO Y LIMITES DEL DERECHO DE PROPIEDAD

El artículo 14.3 GG consagra la institución de la expropiación precisamente como técnica de resolución del conflicto irreconciliable entre el interés público y la permanencia de una situación patrimonial privada determinada (de una situación «dominical», pues la expropiación se regula sistemáticamente en el contexto de la protección constitucional de la propiedad). De ahí que, como precisa el precepto, el bien de la comunidad («Wohl der Allgemeinheit») sea la única causa legítimamente de su aplicación y que ésta precise en todo caso, para su regularidad, de norma legal habilitante y del reconocimiento y fijación de una suficiente indemnización.

El texto constitucional, ciertamente, no precisa un concepto de expropiación, pero tampoco lo establece para la «Sozialbindung». De esta ausencia de toda

\* Los epígrafes I a IV, ambos inclusive, de este trabajo han sido ya publicados en el número 17 de esta Revista.

definición constitucional no cabe concluir, como advierte RIEGEL<sup>53</sup>, la falta de todo concepto de expropiación, pues éste es vicario del de propiedad: establecido éste, ha de entenderse rigurosamente precisable el de expropiación, sin que sea lícita manipulación alguna en el mismo para constreñir su ámbito propio en favor de la «Sozialbindung». Porque —y a este nivel principal vale la afirmación del propio autor citado— en el caso de la expropiación se trata siempre de un problema cualitativo, mientras que en el de la definición del contenido y límites del derecho de propiedad lo es meramente cuantitativo. O en palabras de RITTSTIEG<sup>54</sup>, porque entre la definición legal del contenido del derecho de propiedad y la expropiación existe una diferencia de naturaleza, pues ésta no es «un más o menos» («ein Mehr oder Weniger»), sino un aliud.

La caracterización del instituto expropiatorio implica así necesariamente, pues, una simultánea delimitación negativa del ámbito propio de la «Sozialbindung». El estado actual de esta cuestión en el Derecho alemán dista de ser pacífico, en cuanto no existe una respuesta que cuente con general asenso, y está condicionado, en su planteamiento actual, por la expansión experimentada por la expropiación al hilo mismo del similar proceso experimentado por el concepto de propiedad más arriba examinado<sup>55</sup>. Se impone, por tanto, una sucinta y previa exposición de la evolución histórica del instituto expropiatorio.

#### 1. LA EVOLUCION HISTORICA DE LA EXPROPIACION; DE LA CRISTALIZACION DE SU FORMULACION CLASICA A LA AMPLIACION DE SU AMBITO EN LA EPOCA DE LA REPUBLICA DE WEIMAR

FORSTHOFF<sup>56</sup> inicia el examen de la evolución histórica de la expropiación y, en general, del sacrificio por el poder público de posiciones privadas («Aufopferung») con una observación ciertamente atinada y que arroja luz sobre dicha evolución. La indemnización jurídico-pública —dice— está en directa y necesaria relación con la potestad de disposición estatal sobre el patrimonio social de bienes («soziale Güterwelt»), entendida esta última expresión en sentido muy amplio y como comprensiva no sólo de los bienes materiales (propiedad y restantes derechos sobre cosas), sino también de los inmateriales (derechos a la libertad y a la integridad corporal, p. ej.); nace el deber de indemnización con el reconocimiento de dicha potestad estatal y sigue a ésta en la evolución de su estructura.

En efecto, como señala el propio autor, la doctrina del *ius eminens* (fundamento en la época absolutista de la incidencia del poder en los derechos privados) aparece ligada desde sus orígenes a la idea del deber de indemnización, el cual se justifica tanto en el *ius quaesitum* (por tal se entiende «quod speciali titulo adquisitum, non ex sola libertate naturali obtinet»), como en la *aequitas*. Fundamentalmente el derecho adquirido por título concreto y legítimo constituye un verdadero límite a la potestad de disposición del

<sup>53</sup> Reinhard RIEGEL: *op. cit.*, pág. 43.

<sup>54</sup> Helmut RITTSTIEG: *op. cit.*, pág. 411.

<sup>55</sup> Vid. el apartado III de este trabajo en la primera parte del mismo publicada en el número 17 de esta Revista.

<sup>56</sup> Ernst FORSTHOFF: *op. cit.*, pág. 301.

monarca sobre las posiciones individuales privadas, por lo que sólo puede lesionarlas o sacrificarlas totalmente mediante indemnización.

Esta situación no varía cuando la doctrina del *ius eminens*, ya en el siglo XVIII, es sustituida por la idea de la *cura promovendae salutis* como función propia del Estado.

Por ello no es de extrañar que, a finales del siglo XVIII, el Derecho Territorial General para los Estados Prusianos<sup>57</sup> consagrara en forma bastante amplia el deber de indemnización del Estado. Los parágrafos 74 y 75 de la introducción a dicho Derecho, en efecto, disponían:

«Los derechos concretos y las ventajas de los miembros del Estado deben ceder ante los derechos y deberes para el fomento del bien común, cuando entre ellos se produzca una verdadera contradicción.»

«En contrapartida, el Estado está obligado a indemnizar a los que se imponga un sacrificio en sus derechos o ventajas especiales (*sic*) por razón del bien de la comunidad»<sup>58</sup>.

El advenimiento, en el siglo XIX, del constitucionalismo y la tipificación por el mismo de las formas de actuación del Estado modifican —como advierte FORSTHOFF, al que fundamentalmente venimos siguiendo— las bases sobre las que hasta entonces se había articulado el deber de indemnización estatal, pues la aparición del concepto de Ley como norma estatal de carácter general posibilita la diferenciación entre la regulación del orden social de bienes (limitadora en forma general de los mismos) y la incidencia o ataque puntual a dichos bienes.

Ya antes de la promulgación de la primera Constitución prusiana, un Decreto Gubernamental de 4 de diciembre de 1831 dispuso que, en caso de que el interés de la totalidad de los habitantes del Estado exija una instalación en la Administración que ponga en peligro la propiedad privada de personas concretas, ha de prestarse indemnización con cargo al patrimonio común, al contrario de lo que sucede siempre que el monarca ha estimado preciso ordenar

<sup>57</sup> Esta traducción de la denominación alemana «Preussische Allgemeine Landrecht» es la empleada por J. L. CARRO: *Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público*, «REDA», núm. 15, pág. 614.

<sup>58</sup> El texto, en original, de los preceptos aparece transcrito en Hans DIESTER: *Enteignung und Entschädigung nach altem und neuem Recht*, Deutsche Industrie Verlag GmbH, Bergisch Gladbach, 1953, pág. 34.

De interés son también los parágrafos 29 a 32 de la primera parte del título octavo del mismo Derecho prusiano, asimismo transcritos en la citada obra:

29. «El Estado sólo puede limitar la propiedad privada de sus ciudadanos cuando a través de dicha limitación pueda ser evitado un considerable perjuicio para otros o para el Estado o a los mismos pueda reportarse un considerable beneficio, siempre y cuando ello pueda suceder en ambos casos sin perjuicio para el propietario.»
30. «También (puede procederse a la limitación) cuando el perjuicio que se trata de evitar o el beneficio que vaya a reportarse, bien sea al Estado o a un tercer ciudadano del mismo, sea considerablemente superior que el perjuicio que para el propietario ha de seguirse de la limitación.»
31. «Pero en este último caso el Estado debe proveer simultáneamente para que el propietario objeto de la limitación sea indemnizado completamente del perjuicio sufrido.»
32. «En todo caso, las limitaciones de la propiedad que no deriven de derechos especiales legítimamente adquiridos (*sic*) de tercero sólo pueden legitimarse por Ley.»

una medida de la Administración directamente por medio de un acto legislativo y considerado preciso proveer al interés privado, pues la obligación de indemnizar se ha establecido especialmente con cargo al patrimonio del Estado. Se expresa aquí ya, por tanto, aunque aún rudimentariamente, el nuevo esquema del régimen de la indemnización jurídico-pública. El dato básico radica en la forma en que se produce la lesión; por norma legal o por acto concreto. En el primer caso sólo si la norma expresa la consecuencia indemnizatoria existe para el particular derecho a exigir resarcimiento por la incidencia estatal en su esfera patrimonial<sup>59</sup>.

La Constitución prusiana de 31 de enero de 1850 ultima este proceso, consagrando en su artículo 9.º la inviolabilidad de la propiedad, cuya privación o limitación sólo se declara legítima por causa del bien público y previa indemnización conforme a la Ley. Observa DIESTER<sup>60</sup> como en esta primera regulación constitucional se encuentran ya presentes los dos presupuestos actuales de la expropiación: habilitación legal e indemnización.

Lo que interesa destacar, sin embargo, de la regulación constitucional es que de hecho circunscribe el instituto expropiatorio a la propiedad inmobiliaria, pues ésta era en la época la propiedad por excelencia. En la práctica, además, tanto el Estado como los Municipios sólo utilizaban la potestad expropiatoria para la obtención de los terrenos precisos para el establecimiento de los servicios públicos básicos<sup>61</sup>. Se explica así que, ya en la época del «Kaiserreich» la regulación legal de la expropiación (la Ley prusiana de 11 de junio de 1874, que tuvo vigencia en la mayor parte del territorio del imperio) limitara ésta, en su objeto, a la propiedad inmobiliaria<sup>62</sup>. En todo caso imponía, en su parágrafo 8, la indemnización por el total valor del inmueble expropiado, incluyendo en aquél sus frutos y todo lo que le fuera accesorio.

La expropiación así concebida y regulada consiste, en la conocida formulación de WEBER<sup>63</sup>, en un proceso de adquisición de bienes («Güterbeschaffungsvorgang») para un fin concreto al servicio del bien común. Lo esencial, pues, a la expropiación es —en la definición de ANSCHÜTZ<sup>64</sup>— la privación de la propiedad o de otro derecho patrimonial y su traslación a un nuevo propietario; privación y traslación de la propiedad verificadas por acto administrativo.

Es esta concepción, vigente hasta la caída del Imperio con el final de la primera guerra mundial, la que se conoce comúnmente en la doctrina alemana

<sup>59</sup> Agudamente observa E. FORSTHOFF (*op. cit.*, pág. 304) cómo, a partir de este momento, el derecho legítimamente adquirido, el *ius quaesitum*, varía de sentido. Hasta entonces entendido como contrapunto a la libertad natural, pasa a desempeñar idéntica función, pero con respecto a los derechos derivados directa y solamente de la Ley, cuya privación, por ello, puede producirse por la misma vía legislativa.

<sup>60</sup> Hans DIESTER: *op. cit.*, pág. 35.

<sup>61</sup> En este punto coinciden E. FORSTHOFF y H. DIESTER, en sus obras citadas.

<sup>62</sup> Esta es la razón de la tesis de E. FORSTHOFF (*op. cit.*, pág. 304), criticada por algún sector de la doctrina alemana, de que hasta la primera guerra mundial la protección de los derechos patrimoniales frente a injerencias del Estado fue prácticamente absoluta, con la sola excepción de la propiedad inmobiliaria —que asumía, así, una posición especial—, toda vez que la misma podía ser objeto de expropiación y gozaba, por tanto y en este sentido, de una menor protección.

<sup>63</sup> Werner WEBER: *Zur Problematik von Enteignung und Sozialisierung nach neuem Verfassungsrecht*, «Neue Juristische Wochenschrift», 1950, pág. 402.

<sup>64</sup> Gerhard ANSCHÜTZ: *Die Verfassungsurkunde für den Preussischen Staat*, 1912, citado por Hans DIESTER: *op. cit.*, pág. 36.

—por contraposición a la elaborada en la posguerra— como «expropiación clásica».

La República de Weimar va a significar, en efecto, un cambio sustancial en la materia. En principio, el tratamiento de la propiedad en el artículo 153 de la Constitución de 11 de agosto de 1919 no hacía presagiar tal cambio, pues planteaba la expropiación en los términos tradicionales: necesidad de habilitación legal, bien público como única causa *expropriandi* y exigencia de indemnización. Como novedades sobre la situación anterior sólo introducía la posibilidad de operar expropiaciones directamente por Ley (abierta por la ambigua redacción del requisito de la habilitación legal)<sup>65</sup>, la reducción de la exigencia de indemnización a regla general susceptible de excepción por Ley del Reich y la precisión de la indemnización como «adecuada» o «apropiada» (sustituyendo, así, la regla anterior taxativa de la indemnización por el total valor). Se trata, ciertamente, de innovaciones significativas, pero que evidentemente no suponen una alteración radical de los presupuestos tradicionales de la institución.

El cambio se va a operar, sin embargo. Y lo verifica la Jurisprudencia en interpretación del precepto constitucional. A dos pueden reducirse los factores determinantes de la actitud jurisprudencial:

— El generoso uso que el nuevo Estado va a hacer de las posibilidades implícitas en el artículo 153 de la Constitución en orden a la incidencia sobre la propiedad con exclusión de toda indemnización (por la vía de la habilitación a la Ley de la definición del contenido y límites del derecho de propiedad o por la vía de la expropiación con exclusión legal expresa del deber de indemnización). DIESTER<sup>66</sup> señala la legislación especial excesivamente proclive a la expropiación, las medidas de socialización de algunos «Länder» con mayoría socialista, la legislación sobre viviendas y las decididas iniciativas municipales en el campo urbanístico, adoptadas todas ellas en los primeros tiempos constitucionales, como causas de una reacción social en demanda de una mayor protección de la propiedad privada.

En este contexto no puede olvidarse que —como más arriba se ha dejado apuntado— la Magistratura de la Monarquía había permanecido fundamentalmente intacta no obstante el cambio de Régimen.

— La profunda alteración de la estructura patrimonial social como consecuencia de la progresiva mayor importancia de los bienes muebles frente a los inmuebles y el impacto sobre los primeros de las coyunturas económicas (la primera posguerra mundial ve nacer la época de las grandes crisis económicas).

Como apunta FORSTHOFF<sup>67</sup> era de todo punto lógico que estas circunstancias condujeran a la extensión de la protección constitucional de la propiedad (equivalente, en la concepción tradicional, a la propiedad inmobiliaria) a los bienes muebles.

<sup>65</sup> Hans DIESTER (*op. cit.*, pág. 38) llama la atención sobre la importancia de la apertura formal constitucional de esta posibilidad para el planteamiento posterior del problema de las fronteras entre la expropiación y la mera definición legal del contenido de la propiedad.

<sup>66</sup> Hans DIESTER: *op. cit.*, pág. 38.

<sup>67</sup> Ernst FORSTHOFF: *op. cit.*, págs. 305 y 306.

En definitiva y como es fácilmente comprensible, el cambio de que se viene hablando —obra de la Jurisprudencia del «Reichsgericht»— no es sino el mismo fenómeno, sólo que visto desde otra perspectiva (la de la expropiación), al que en su momento hemos aludido con ocasión del análisis del concepto de propiedad bajo la Constitución de Weimar. Es cabalmente ésta —la necesidad de extender la protección constitucional de la propiedad, tradicionalmente interpretada como limitada a la propiedad inmueble; extensión que sólo era posible técnicamente en el marco del instituto expropiatorio, pues sólo la aplicación de éste desencadena la consecuencia del deber de indemnización—, la causa de la ampliación en este período del concepto constitucional de propiedad<sup>68</sup>.

La doctrina sentada por el «Reichsgericht» condujo, siguiendo en este punto la exposición de DIESTER<sup>69</sup>, a los siguientes resultados, en los que se cifra el giro experimentado, en su inteligencia, por la expropiación:

— Consecuentemente con la inclusión en el concepto constitucional de propiedad no sólo la de cosas (bienes corporales), sino también de cualquier derecho patrimonial privado, se entiende por expropiación cualquier ataque estatal a este tipo de derechos.

— Esta extensión del ámbito de la expropiación, paralela a la experimentación por el concepto de propiedad, conlleva necesariamente el abandono de dos requisitos hasta entonces considerados como elementos característicos de la institución: la traslación del bien de un patrimonio a otro y la adscripción de dicho bien a un determinado servicio público como causa legítima. Basta ahora, para que exista expropiación, con la producción de una limitación o lesión de la propiedad que no deba ser soportada sin más por su titular. La limitación o lesión no tiene que tener su causa en las necesidades de un específico servicio; la causa se generaliza hasta su identificación pura y simple con el interés público.

La nueva configuración de la expropiación como incidencia estatal limitadora o ablativa de contenidos patrimoniales privados por causa del general interés público era, en efecto, presupuesto indispensable para su proyección más allá de sus límites clásicos —adquisición forzosa de bienes por el Estado por necesidades de un servicio público. La evolución jurisprudencial conducente a este ampliado concepto de expropiación aparece ya cerrada en las Sentencias del «Reichsgericht» de 11 de marzo de 1927 (calificadora de la inclusión de un solar en la lista de monumentos protegidos como verdadera expropiación, rechazando la conceptualización de la Ley sobre monumentos como meramente delimitadora del contenido del derecho de propiedad) y de 28 de enero de 1930 y 3 de marzo de 1931 (ambas coincidentes en la calificación de la inedificabilidad de terrenos resultante de planes de alineaciones —«Fluchtlinienpläne»— también como medida de carácter expropiatorio)<sup>70</sup>.

— Si bien la expropiación puede tener lugar no sólo mediante acto adminis-

<sup>68</sup> Huelga aquí, pues, todo análisis puntual de la Jurisprudencia del «Reichsgericht», que ya quedó hecho en el apartado III.1 anterior.

<sup>69</sup> Hans DIESTER: *op. cit.*, pág. 39.

<sup>70</sup> Son éstas las mismas sentencias ya citadas al abordar el tema del concepto del derecho de propiedad en este período de la República de Weimar. *Vid.* apartado III.1 precedente en la primera parte de este trabajo publicado en el número 17 de esta Revista.

trativo, sino también directamente por Ley, lo característico de aquélla es siempre la limitación o la lesión singular, es decir, la imposición de un sacrificio desigual para con respecto a la generalidad de los propietarios o de los ciudadanos en la misma situación. La incidencia estatal de carácter general y de intensidad relativamente igual en el orden patrimonial privado no constituye, por ello, expropiación. El ejemplo paradigmático o límite, en este último sentido, reside en la legislación fiscal.

Esta idea del sacrificio especial o del «besonderes Opfer» —que veremos es, más allá de la multiplicidad de teorías y doctrinas, una constante en el tratamiento jurisprudencial y científico alemán de la expropiación— se encuentra en la base misma de los pronunciamientos del «Reichsgericht» antes citados (la inclusión de un edificio en la lista de monumentos protegidos implica expropiación precisamente por el carácter singular y no general de la medida, por el «sacrificio especial» que al propietario del mismo, en relación con los demás, se le impone).

Se realiza, así, en los términos que acaban de exponerse y por vía jurisprudencial, la que BREUER<sup>71</sup> llama «apertura» («Offnung») del objeto de la expropiación y que no es sino la expansión de ésta, correlativa a la experimentada por el concepto de propiedad. Esta profunda alteración del instituto expropiatorio —fijado ahora ya simplemente en la privación o mera ablación de contenidos patrimoniales por causa del interés público, con independencia de la forma en que el sacrificio patrimonial (por simple acto administrativo o directamente por norma legal) se lleva a cabo— fue en su momento objeto de severas críticas por parte de un muy caracterizado sector doctrinal, que llegó a calificarla de disolución de la institución<sup>72</sup>.

## 2. LA EXPROPIACION EN LA LEY FUNDAMENTAL DE BONN

La GG constitucionaliza el concepto de expropiación elaborado bajo la República de Weimar. Su artículo 14.3 se limita a disponer que sólo la expropiación por causa del bien de la comunidad es legítima, para —a continuación— permitir expresamente su realización tanto directamente por Ley, como por actuación administrativa con base en una norma legal, si bien en todo caso la ley debe contener regulación expresa del tipo y alcance de la indemnización; indemnización, cuya concreta cuantía —según también precisa el precepto —ha de determinarse ponderando con justicia los intereses de la colectividad y de los afectados.

El texto constitucional, en efecto, no deja lugar a duda alguna en este sentido. FORSTHOFF<sup>73</sup> señala cómo ya incluso antes de la formal entrada en vigor de la Ley Fundamental era opinión pública la de que el artículo 14 de ésta sancionaba la amplia protección patrimonial construida jurisprudencialmente en interpretación del artículo 153 de la Constitución de Weimar, añadiendo

<sup>71</sup> Rüdiger BREUER: *op. cit.*, pág. 44.

<sup>72</sup> Sobre todo, Carl SCHMITT, en su trabajo titulado significativamente: *Die Auflösung des Enteignungsbegriffs*, «Juristische Wochenschrift», 1929, y Wilhelm HOFACKER: *Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen*, Stuttgart, 1926.

<sup>73</sup> Ernst FORSTHOFF: *op. cit.*, pág. 309 (citado ya a este mismo respecto, pero bajo la perspectiva de la garantía del derecho de propiedad, al tratar en el punto III.2 de este trabajo el concepto de dicho derecho bajo la Constitución vigente).



que la precisión por el artículo 14.3 de la viabilidad de la expropiación tanto por vía legal directa, como por la tradicional de aplicación administrativa de una norma legal habilitante significa una expresa recepción de aquella construcción jurisprudencial.

Esta asunción del concepto ampliado de la expropiación parece incluso más clara en la reducción de su causa legitimadora al simple bien de la comunidad o interés general, que supone la definitiva superación de la institución de su identificación con la adquisición forzosa de bienes y su liberación como técnica abstracta de protección de todo contenido patrimonial calificable de propiedad en sentido constitucional. Aquí descansa justamente la explicación del seguimiento por la expropiación del proceso de ampliación del concepto de propiedad continuado jurisprudencialmente bajo la vigencia de la GG y que por ahora ha alcanzado a la inclusión en dicho concepto de los derechos jurídico-públicos que confieran a su titular una posición tan sólida que pueda equipararse a la propia de derechos privados patrimoniales <sup>74</sup>.

En cualquier caso, la jurisprudencia del «Bundesgerichtshof» —a partir de la fundamental Sentencia de 10 de junio de 1952 <sup>75</sup>— ha dejado definitivamente establecida la vigencia del concepto ampliado de expropiación, de modo que dicha vigencia ha acabado por ser pacíficamente aceptada también por la doctrina, una vez abandonadas posiciones iniciales discrepantes <sup>76</sup>. Más aún —y esto sea dicho incidentalmente— la jurisprudencia ha ido más lejos desarrollando el concepto de ataque o incidencia equivalente a la expropiación («Enteignungsgleichereingriff») para conseguir el efecto indemnizatorio en supuestos no cubiertos ni siquiera por el concepto amplio de expropiación. En su primera formulación (Sentencias del «Bundesgerichtshof» de 10 de junio de 1952, 12 de abril de 1954 y 25 de mayo de 1959) se conceptúa como incidencia equivalente a la expropiación aquella que, para el caso de su legalidad, se habría presentado —por su contenido y efectos— como expropiación y, en todo caso, en sus consecuencias reales supone la imposición al afectado de un sacrificio especial. Posteriormente (Sentencia de 25 de abril de 1960, que abre una doctrina hoy ya reiterada y uniforme) se considera bastante la simple concurrencia de una lesión singular e irregular (ilegal) de un derecho de contenido patrimonial para concluir que el sacrificio derivado de tal lesión es un «sacrificio especial» («Sonderopfer») y, por tanto, que se está en presencia de un «Enteignungsgleichereingriff». En todo caso, son notas características necesarias de la incidencia equivalente a la expropiación: su irregularidad y su producción —no obstante dicha irregularidad— por causa del interés general. A través de este concepto, la jurisprudencia ha logrado obviar las rigurosas consecuencias que resultan de la «Junktim-Klausel» (contenida en el artículo 14.3 GG y a la que seguidamente aludiremos)

<sup>74</sup> Esta ampliación del concepto de propiedad —como en su momento expusimos (apartado III.2)— es obra de la doctrina sentada por el Tribunal Federal Constitucional a partir del año 1955.

<sup>75</sup> Esta Sentencia ha sido comentada ya más arriba en el apartado III.2 de este trabajo (*vid.* número 17 de esta Revista).

<sup>76</sup> En los momentos iniciales tras la promulgación de la Ley Fundamental, algunos autores se pronunciaron en favor de una vuelta al concepto clásico de expropiación. Así, por ejemplo, Werner WEBER: *op. cit.*, pág. 401 y sigs.

Hoy, sin embargo, la doctrina es prácticamente unánime en aceptar el amplio y renovado concepto de expropiación. En este sentido, MAUNZ-DÜRIG-HERZOG: *op. cit.*, comentario al artículo 14, número de margen 69.

reconociendo acción para la reclamación de indemnización en supuestos no cubiertos por el instituto expropiatorio; supuestos que pueden reconducirse a los tres siguientes:

1) Lesiones o limitaciones de derechos en principio irregulares, pero que podrían ser legitimadas por el legislador dando cumplimiento al artículo 14.3 GG; 2) incidencias estatales en derechos privados que podrían ser justificadas en el marco de una definición legal del contenido del derecho de propiedad conforme al artículo 14.1 GG, pero que carecen de base legal en tal sentido, y 3) ataques estatales a derechos privados que en ningún caso podrían ser legitimados, ni por vía de la definición legal del derecho de propiedad, ni por la de la expropiación.

El artículo 14.3 GG presenta, sin embargo, variaciones respecto al artículo 153 de la Constitución de Weimar. Con DIESTER<sup>77</sup> podemos cifrarlas las siguientes:

a) La supresión de la posibilidad de expropiar sin el correlativo deber de indemnizar.

El artículo 153.2 de la Constitución de Weimar permitía la expropiación sin indemnización, en la medida en que habilitaba a la Ley para excepcionar el deber de indemnizar. Tal habilitación falta por completo en el artículo 14 GG.

b) La conexión necesaria entre ley habilitante de la expropiación y regulación del tipo y alcance de la indemnización derivada de esta última, de modo tal que la existencia misma de esta regulación se erige en requisito *sine qua non* para la validez misma de la expropiación. Es la conocida por «Junktim-Klausel».

c) La determinación de la cuantía de la indemnización no se produce ya con arreglo al criterio de «adecuación», sino con base en una justa ponderación de los intereses de la colectividad y de los de los particulares afectados.

La conjunción de la recepción y aun ampliación del concepto de expropiación formulado en la época de Weimar y de la introducción, sobre ello, de las variaciones o innovaciones que acaban de ser enunciadas implica la importante consecuencia —destacada por BREUER<sup>78</sup>— de que bajo el artículo 14 GG no sólo continúa subsistente el problema básico de la delimitación del campo propio de la expropiación para con respecto al de la definición del contenido y límites del derecho de propiedad, sino que los términos de dicho problema se han visto complicados por dos nuevos factores: la «Junktimklausel», que exige la simultánea regulación de la indemnización como presupuesto de validez de la ley expropiatoria o habilitante de la expropiación, y la prohibición absoluta de la exclusión legal del deber de indemnizar. Como dice dicho autor: «Los aludidos tres elementos —el amplio concepto de expropiación con su difícil delimitación con respecto a determinaciones (libres de indemnización) del contenido y límites dominicales, la «Junktimklausel» y la interdicción incondicionada de exclusión legal de la indemnización expro-

<sup>77</sup> Hans DIESTER: *op. cit.*, pág. 53.

<sup>78</sup> Rüdiger BREUER: *op. cit.*, págs. 46 y 47.

piatoria— arrastran al legislador... entre Scila y Caribdis bajo la forma de los peligros alternativos de que o bien resulten insoportables las cargas indemnizatorias reguladas legalmente o bien planee sobre importantes leyes la amenaza de una declaración de nulidad».

### 3. LOS INTENTOS DE DELIMITACION DE LA EXPROPIACION PARA CON RESPECTO A LA DEFINICION DEL CONTENIDO Y LIMITES DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Varios han sido los intentos hasta ahora realizados para encontrar una fórmula capaz de deslindar definitiva y completamente la expropiación de la simple definición legal del contenido del derecho de propiedad<sup>79</sup>. A pesar de la multiplicidad de los esfuerzos consumidos en la tarea, aún no se ha conseguido —como reconoce BREUER<sup>80</sup>— una solución pacífica o siquiera mayoritariamente aceptada, por lo que el tema continúa siendo de la más candente actualidad en el Derecho alemán.

La exposición de los aludidos intentos merece ser encabezada por una atinada observación de AICHER<sup>81</sup>. Constata este autor que el reconocimiento de la imposición de un sacrificio especial de tolerancia obligatoria por el afectado en interés de la colectividad como característica última de la expropiación constituye un elemento de aceptación común en la discusión en torno a la fijación de los límites de esta institución. Parte para ello de la posición de SCHEUNER<sup>82</sup>, para el que —después de afirmar que la delimitación de la expropiación es la resultante de la diferenciación entre las medidas estatales de privación o limitación en términos de gravamen desigual, de un lado, y de actualización de las vinculaciones sociales de carácter general e inmanentes a la propiedad, de otro lado— la expropiación comienza en el momento mismo en que la ley (que hasta entonces se ha movido en el marco de la definición del contenido del derecho de propiedad) penetra en el núcleo del derecho privado propiamente dicho, es decir, en el que el artículo 19.2 GG denomina «contenido esencial», pero la identificación de dicho momento no es posible a partir de una fórmula abstracta válida con carácter general; razón por la cual la comprobación de si concurre o no afectación del núcleo esencial e irreducible del derecho privado debe efectuarse caso por caso a partir de los criterios de la desigualdad («Ungleichheit») y del sacrificio especial («das besondere Opfer»), en la aplicación de los cuales juegan una función indicaria los datos de la mayor o menor generalidad de la medida pública —amplitud del círculo de afectados— y de la profundidad y el alcance de la incidencia de la misma en el derecho de que se trate, así como una función matizadora los valores jurídicos («Wertvorstellungen») que se empleen.

El hecho de que la imposición de un sacrificio especial no acompañada de la compensación en valor equivalente al perjuicio patrimonial que dicho sacri-

<sup>79</sup> Vid. una primera exposición en nuestro país de las diferentes fórmulas elaboradas en el Derecho alemán para la solución del problema en Alejandro NIETO: *La evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa*, «RAP», núm. 38, pág. 67 y sigs.

<sup>80</sup> Rüdiger BREUER: *op. cit.*, pág. 47.

<sup>81</sup> Josef AICHER: *Grundfragen der Staatshaftung bei rechtmässigen hoheitlichen Eigentumsbeeinträchtigungen*, Duncker & Humblot Verlag, Berlín, 1978.

<sup>82</sup> Ulrich SCHEUNER, en la obra común con Rudolf REINHARDT: *Verfassungsschutz des Eigentums*, ya citada, pág. 109 y sigs.

ficio supone infringiría el principio de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas («Lastengleichheit»), explica, en efecto, que la indemnización sea consustancial —como dejó ya establecido en la segunda mitad del siglo XIX Lorenz von STEIN— al instituto expropiatorio. Si, a su vez, el principio de igualdad ante las cargas públicas se concibe como manifestación específica del más amplio principio de igualdad ante la Ley («Gleichheitsgebot»), la exigencia del deber de indemnizar propio de la expropiación puede considerarse un precipitado, en el contexto concreto de esta institución, de dicho principio general.

Por esta razón —continúa AICHER— debe considerarse acertada la jurisprudencia sentada de forma constante por el «Bundesgerichtshof» desde su fundamental Sentencia de 9 de noviembre de 1957, en cuanto centra la característica básica de la expropiación en la infracción del principio de igualdad. Pero sólo en la medida en que utiliza esta característica como punto de partida para la identificación de un supuesto expropiatorio, no así en tanto pretenda extender su alcance hasta considerarla criterio material suficiente para operar dicha identificación<sup>83</sup>.

De hecho, las distintas tesis hasta ahora elaboradas en la búsqueda de una fórmula acabada de deslinde del campo propiamente expropiatorio tienen un mismo punto de arranque: el principio de igualdad y su específica infracción como «sacrificio especial o desigual». Como señala el propio AICHER, las diferencias entre dichas tesis descansan más bien en la divergencia de los criterios con arreglo a los cuales pretenden concretar el «sacrificio especial»<sup>84</sup>.

Con la clarificación general del tema que aporta la observación expuesta, puede pasarse sin más a la exposición de los diferentes intentos de aislar los criterios válidos para la identificación de la concurrencia de una medida expropiatoria.

#### A) La teoría del acto concreto («Die Einzelakttheorie») y sus variantes

Esta teoría, que puede considerarse como el primer intento histórico de deslindar la expropiación y la mera definición del contenido del derecho de

<sup>83</sup> La interpretación de la doctrina jurisprudencial del «Bundesgerichtshof» en este punto por parte de la doctrina no es pacífica. Ernst FORSTHOFF (en un comentario a la Sentencia citada de 1952, publicado en la «Juristenzeitung», 1952, pág. 627) la ha criticado precisamente por entender que en ella se adopta el principio de igualdad como criterio material para la delimitación entre expropiación y definición del contenido del derecho de propiedad. Josef AICHER (*op. cit.*, pág. 151) se opone a esta tesis de FORSTHOFF, sosteniendo que la Sentencia en cuestión sólo toma dicho principio como punto de partida, verificado luego con la aplicación de otros criterios materiales.

En general, la doctrina alemana niega al principio de igualdad suficiencia para constituirse en criterio bastante para la determinación de la expropiación. *Vid.* en este sentido Reinhard RIEGEL (*op. cit.*, pág. 45 y sigs.) y Rüdiger BREUER (*op. cit.*, pág. 51 y sigs.).

El reconocimiento en el principio de igualdad del fundamento necesario, pero no suficiente, para el proceso de delimitación de la expropiación ya se encuentra en Rolf STÖDTER, quien en una obra (*Öffentlich-rechtliche Entschädigung*) publicada en la primera mitad de los años treinta sostuvo que aquel principio es básico para la comprensión del orden constitucional en materia de propiedad, pero que la concreción del concepto de tratamiento desigual desencadenante del deber de indemnización precisa del desarrollo de criterios materiales a partir precisamente de tal principio.

<sup>84</sup> Por ello, el encuadre que normalmente se hace de la fórmula establecida por la doctrina del «Bundesgerichtshof» bajo la rúbrica de «teoría del sacrificio especial» o «Sonderopfertheorie» no es acertado, pues no sólo ella utiliza dicho criterio.

propiedad, atiende —para operar dicho deslinde— al círculo de personas afectadas por la medida estatal de que se trate. Su representante doctrinal más caracterizado, ANSCHÜTZ<sup>85</sup>, reconoce como expropiatorias aquellas medidas que tengan carácter de «ataques individualizados» («Einzeleingriffe»), en la medida en que gravan con especiales sacrificios sólo a determinadas personas o a círculos muy estrechos de personas.

El criterio así formulado fue adoptado por el «Reichsgericht»<sup>86</sup> de modo que la «Einzelakttheorie» dominó absolutamente la jurisprudencia bajo la vigencia de la Constitución de Weimar. Aún cuando pueda hoy considerarse formalmente abandonada, no es posible desconocer su influencia en actuales formulaciones, tales como la del «Bundesgerichtshof» en su Sentencia de 1952.

En la base de esta teoría se encuentran dos importantes características del pensamiento jurídico del siglo XIX. De un lado, la concepción de la Ley como definidora de un orden general justo. La ley, entendida precisamente como vehículo de distribución igualitaria de las cargas, no podía —por imposibilidad incluso conceptual— implicar materialmente la imposición de sacrificios especiales. Por lo tanto, la incidencia estatal en el orden de los derechos privados a través de ley no desencadena deber de indemnización, no constituye expropiación de éstos. Y, de otro lado y para que esta última conclusión fuera posible, el entendimiento de los *iura quaesita* (fruto de la transición del Estado policía al Estado liberal) no ya como ámbitos insusceptibles de ataque estatal a no ser contra la correspondiente indemnización, sino como derechos reconocidos y garantizados por el Estado en calidad de adquiridos por título especial, pero cuyo contenido y límites vienen dados objetivamente por el ordenamiento jurídico; razón por la cual no toda incidencia estatal, cualesquiera que sea la forma de ésta, es identificable sin más con la medida expropiatoria.

Como señala certeramente BREUER<sup>87</sup> la teoría del acto concreto no trae causa sólo del concepto clásico de expropiación (toda vez que el mismo y según ya hemos visto se hizo compatible bajo la constitución de Weimar por la doctrina jurisprudencial, con la expropiación directa por ley), sino que conecta incluso con una tradición anterior que ya había definido la expropiación en sentido abstracto como ataque o lesión individualizados por contraposición a las limitaciones a la propiedad reguladas con carácter general.

Todas las críticas de que esta teoría ha sido objeto pueden reconducirse a la observación de que intenta resolver un problema material con medios y procedimientos formales. REINHARDT<sup>88</sup> destaca en este sentido cómo las perspectivas formales desde las que se ha abordado el problema conducen a la contra-

<sup>85</sup> Gerhard ANSCHÜTZ: *Die Verfassung des Deutschen Reichs* vom 11-8-1919, Berlín, 1933, comentario al artículo 153.

Al parecer, el primer autor que en la doctrina formuló el criterio del acto concreto como criterio caracterizador de la expropiación fue Walter SCHELCHER: *Die Haftung des Staates für Eingriffe in Privatrechte*, «Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung für Sachsen», núm. 52, 1921.

<sup>86</sup> Vid. una exposición amplia de los principales pronunciamientos del «Reichsgericht», así como del «Reichsstaatsgerichtshof», en la materia, en Josef AICHER: *op. cit.*, pág. 155 y siguientes.

<sup>87</sup> Rüdiger BREUER: *op. cit.*, pág. 48. Vid. también Walter LEISNER: *op. cit.*, págs. 29 y 30.

<sup>88</sup> Rudolph REINHARDT: *op. cit.*, págs. 9 y 10.

posición del acto concreto y de la regulación general como tipos diversos de incidencia estatal, para —seguidamente— acabar estableciendo una equivalencia entre la regulación general y la definición del contenido del derecho de propiedad, y remite a la opinión de FORSTHOFF de que los problemas planteados por el artículo 14 GG carecen de adecuada y justa solución desde las aludidas perspectivas formales, que deben ser abandonadas en favor de la utilización exclusiva de criterios sustantivos.

El punto más débil de la «Einzelakttheorie» radica sin duda en su incapacidad para calificar con precisión los supuestos intermedios —cada vez más frecuentes— de afección estatal de grupos de propietarios o de tipos específicos de propiedad<sup>89</sup>. Incapacidad ésta a la que se suma —como nueva dificultad para la validez de la teoría comentada— la profunda crisis por la que atraviesa el concepto liberal de ley, a resultas de la aparición de la figura bautizada por la dogmática alemana como «Massnahmegesetz» que —en expresión de BREUER<sup>90</sup>— no es más que una manifestación de voluntad decisoria revestida con el ropaje externo de la legalidad abstracta y general.

En definitiva, la crítica irrefutable la ha formulado JELLINEK<sup>91</sup>, al llamar la atención sobre el dato de que los actos administrativos estrictamente reglados por ley, en su resultado práctico, no tienen efectos distintos a los de las leyes, de contenido idéntico, de eficacia inmediata. En su consecuencia, ninguna diferencia real existe entre que el legislador opte por remitir la ejecución a la Administración, pero vinculando ésta de forma que carezca de todo margen de decisión propia, o bien decida establecer por sí mismo —directamente y de modo general— idénticas limitaciones a la propiedad.

Una variante renovada de la teoría del acto concreto ha sido elaborada más recientemente por SCHNEIDER<sup>92</sup>, cuya tesis puede resumirse en los dos siguientes puntos:

a) La expropiación es la privación o afección de específicos derechos patrimoniales en el sentido del artículo 14.1 GG por acto individual constitutivo del poder público.

Esta definición presenta los mismos inconvenientes ya expuestos con ocasión del examen de la teoría del acto concreto y, como precisa BREUER<sup>93</sup> —que la califica de «Individualakttheorie»—, no acierta a explicar el potencial carácter expropiatorio de medidas (indiscutiblemente normativas) del tipo de planes urbanísticos, delimitación de zonas de especial protección, suspensión de la edificación en zonas completas, etc.

b) Todas las normas con incidencia en el derecho de propiedad, es decir, incluso las expresamente habilitantes de medidas de privación o limitación de la propiedad, pertenecen a la categoría de las leyes dirigidas a la definición del contenido del derecho de propiedad a que se refiere el artículo 14.1 GG.

<sup>89</sup> Vid. Walter LEISNER: *op. cit.*, pág. 30.

<sup>90</sup> Rüdiger BREUER: *op. cit.*, pág. 48.

<sup>91</sup> Walter JELLINEK: *Entschädigung für baurechtliche Eigentumsbeschränkungen*, Berlín, 1929, pág. 31.

<sup>92</sup> R. SCHNEIDER: *Rechtsnorm und Individualakt im Bereiche des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes*, «Verwaltungsarchiv», núm. 58, 1967, pág. 197 y sigs.

<sup>93</sup> Rüdiger BREUER: *op. cit.*, pág. 50.

Luciano Parejo Alfonso

Esta segunda tesis no viene sino a complicar, sin ventaja apreciable alguna, el concepto mismo de ley meramente definidora del contenido del derecho de propiedad, pues deja en pie la cuestión de la determinación en cada caso de si una ley establece un apoderamiento para la expropiación conforme al artículo 14.3 GG y si concurren en la misma todos los requisitos constitucionales para su validez.

B) *La teoría del sacrificio especial («Die Sonderopfertheorie»)*

Desde su decisiva Sentencia de 10 de junio de 1952 el «Bundesgerichtshof», en doctrina constante, viene caracterizando la expropiación por relación al dato del sacrificio especial que implica la infracción del principio general de la igualdad y desencadena el deber de indemnizar. Se trata, por tanto, de una doctrina jurisprudencial que entronca con la sentada por el «Reichsgericht» de la República de Weimar y recoge lo esencial de la teoría del acto concreto, pero transforma ésta —por la introducción de elementos nuevos y, singularmente, por la apelación a la tradicional idea de la equivalencia entre expropiación y sacrificio especial— en la que se ha venido en llamar «Sonderopfertheorie».

Su formulación primera se produce —como queda dicho— en la Sentencia del Gran Senado Civil de 10 de junio de 1952. En ella se sostiene que en el caso de la expropiación se trata siempre de una incidencia estatal, permitida legalmente y realizada imperativamente, en la propiedad, sea bajo la forma de la privación o del gravamen, que afecta a las personas interesadas (individualmente o en grupo) de forma desigual y especial y les impone en favor de la colectividad un sacrificio especial, no exigido del resto de los ciudadanos; pues no fija de forma unitaria y general el contenido y los límites de la institución o género jurídicos («Rechtsgattung») de que se trate, sino que alcanza especialmente a personas o grupos determinados de entre el círculo de titulares del derecho («Rechtsträger») en cuestión contraviniendo el principio de igualdad. En definitiva la infracción de este principio caracteriza la expropiación.

La modificación de la «Einzelakttheorie» radica en el abandono del dato formal de la individualidad del acto como expresión del sacrificio especial. En la doctrina del Tribunal Federal de lo Civil —conforme resulta de lo dicho— se subsume en un mismo y único proceso la norma habilitante y el acto que la aplica; lo importante es el efecto que de dicho proceso se deriva: la imposición imperativa por el poder público de una privación completa o parcial de la propiedad. De ahí que el Tribunal Federal se vea precisado a acudir directamente al principio general de la igualdad para la precisión de la concurrencia o no de sacrificio especial, intentando extraer de aquel principio un criterio material para deslindar el campo propio de la expropiación. Aquí radica precisamente el *quid novum* de la «Sonderopfertheorie»<sup>94</sup>, que ha sido asumida por un sector caracterizado de la doctrina alemana<sup>95</sup>.

<sup>94</sup> Así lo ponen de relieve Josef AICHER: *op. cit.*, pág. 170, y Ulrich SCHEUNER: *op. cit.*, pág. 73 y sigs.

<sup>95</sup> Por ejemplo, Hans Julius WOLFF: *Verwaltungsrecht*, vol. I, München, 1971, páginas 60 y 61; también Ulrich BATTIS: *Erwerbsschutz durch Aufopferungsentschädigung*, Berlin, 1969.

La principal dificultad, sin embargo, con que tropieza la intención de esta teoría de erigir el principio de la igualdad en el único criterio válido para la delimitación de la expropiación radica en la absoluta imprecisión actual del contenido y alcance de dicho principio; extremos que en absoluto son pacíficos. Pues el principio de igualdad viene siendo entendido exclusivamente como interdicción de la arbitrariedad y de la discriminación («Willkür-und Diskriminierungsverbot»). Y esta significación del principio nada aporta al deslinde del instituto expropiatorio. En efecto: una ablación patrimonial puede contar con la suficiente base legal sin tampoco incurrir en vicio alguno de arbitrariedad o discriminación en la aplicación de dicha base legal, y producir, sin embargo, un sacrificio sustantivamente desigual o especial; a la inversa, una limitación patrimonial puede ser ilegal, por carencia de base legal o por aplicación arbitraria o discriminatoria de ésta, por cuya razón será siempre inconstitucional y, por lo tanto, en ningún caso podrá constituir expropiación. Por ello, los autores que se han adherido a la doctrina del «Bundesgerichtshof» y, significativamente, WOLFF y BATTIS<sup>96</sup>, han intentado obviar esta dificultad, desdoblando en dos el hasta ahora único principio general de igualdad: uno, inmanente a la legalidad («gesetzesimmanent»), que postula precisamente la igualdad y se corresponde, así, con el imperativo tradicional de interdicción de la arbitrariedad; otro, trascendente a la legalidad («gesetzeztranszendent»), que exige la compensación de las cargas o sacrificios públicos. Ciertamente que con esta formulación de un nuevo subprincipio dentro del contexto del principio general de igualdad se consigue la desaparición de las ambigüedades que rodeaban la aplicabilidad de éste y —como señala AICHER<sup>97</sup>— la dotación a la doctrina jurisprudencial de una sólida base dogmática, en la medida en que aquella descansa en último término en la concepción de la expropiación como sacrificio especial o desigual. Pero, no obstante, no logra avance alguno en el punto crucial de la concreción del criterio definidor de la especialidad o desigualdad del sacrificio. Porque del principio de igualdad, aun entendido como interdicción de la desigual distribución de las cargas públicas, no resulta sin más cuando en el caso concreto concurre efectivamente tal desigual distribución.

De este modo, la teoría comentada continúa siendo vulnerable a las críticas que tradicionalmente se le han formulado. Siguiendo a LEISNER<sup>98</sup> podemos resumir dichas críticas del modo siguiente:

a) Deja irresuelto el problema de la expropiación colectiva o por grupos y restringe indebidamente las potestades del legislador.

No consigue definir los términos o elementos que pretende comparar, pues su aplicación presupone el tratamiento diferente de determinadas personas o grupos de personas para con respecto a la generalidad de éstas. Pero la cuestión radica precisamente en determinar qué debe entenderse por «generalidad de los propietarios» y por «grupos de propietarios», o, más precisa-

<sup>96</sup> Vid. nota anterior.

<sup>97</sup> Josef AICHER: *op. cit.*, pág. 171.

<sup>98</sup> Walter LEISNER: *op. cit.*, pág. 136 y sigs.



mente aún, en qué momento un grupo de propietarios deja de ser tal para convertirse en la generalidad de los mismos<sup>99</sup>.

Más aún, la definición con carácter general de lo que deba entenderse por «grupo» en contraposición al concepto de «generalidad» implicaría un atentado a la, esencialmente libre, potestad de configuración del orden social del legislador (especialmente de la que LEISNER llama «libertad de tipificación» o «Typisierungsfreiheit»). Cuando, en el ámbito de aplicación de una ley, se delimita por otra ley un grupo de supuestos más reducido, sometiéndolo a su específico régimen, no puede decirse sin más que esta última norma sea expropiatoria, más bien ocurre simplemente que tiene un ámbito de aplicación más restringido —el grupo de supuestos antes aludido—, dentro del cual todos los afectados son objeto de tratamiento igual. Se revela, así, una dificultad insuperable: la tarea del legislador consiste siempre, por definición, en la formación de grupos, por lo que sin esta facultad de tipificación de supuestos no habría sencillamente posibilidad de legislación. La cuestión, pues, sigue subsistente: ¿qué grupo debe considerarse círculo reducido objeto de tratamiento desigual y qué otro ha de calificarse meramente de nueva y más reducida generalidad delimitada legalmente?

b) Altera la economía de la protección constitucional de la propiedad.

El espíritu que anima el artículo 14 GG es, indudablemente, el de garantizar la debida indemnización a todos aquellos que se vean privados o lesionados en su propiedad por el Estado, con independencia de la cuantía, bien de la incidencia estatal, bien de los propietarios afectados.

Pues bien, la doctrina del «Bundesgerichtshof» conduce a la consecuencia absurda de reducir la garantía constitucional a medida que aumenta el círculo de afectados, el volumen de propiedad lesionada, pues cuanto mayor sean ambos más se sitúa la incidencia estatal en el marco de la «Sozialbindung», de la mera definición del contenido de la propiedad (en razón al criterio de la generalidad). Y ello, con independencia de la profundidad de la incidencia estatal sobre los derechos privados. En el supuesto límite, es decir, en el de la privación completa de la totalidad de la propiedad (la socialización absoluta), estaría fuera de toda duda la inaplicabilidad de la garantía que supone el instituto expropiatorio, pues dicho supuesto sería precisamente el paradigma de la medida estatal general con tratamiento igual de todos los ciudadanos.

Cierto que no puede imputarse a la doctrina del Tribunal Federal de lo Civil, en sí misma y en su aplicación, el perseguir esta consecuencia. Por ello, el reparo fundamental que, desde esta perspectiva se le hace, radica más bien en que desde ella no es factible contraargumentación válida alguna que evite dicha consecuencia.

c) La existencia de un sacrificio especial sólo puede constatarse a partir de

<sup>99</sup> El propio «Bundesgerichtshof», en su Sentencia de 1952, se percató de este problema, advirtiendo que en el caso concreto no siempre es fácil establecer cuándo tiene lugar una incidencia estatal en la propiedad de un grupo de forma desigual y determinante del deber de indemnización, pero que esta dificultad es consustancial a la naturaleza del problema y sólo puede ser resuelta mediante un análisis de cada caso concreto. Con lo cual el propio Tribunal, con esta renuncia, reconoce la falta de una verdadera solución general a la cuestión, que es la que se había propuesto alcanzar con su doctrina.

la profundidad o gravedad de la medida estatal y nunca de la amplitud cuantitativa del círculo de los afectados.

La doctrina jurisprudencial estudiada puede ser entendida de forma que lo decisivo sea no el número o cantidad de los afectados, sino el volumen de la incidencia estatal. De interpretarse así, el factor fundamental pasa a ser la gravedad de la medida estatal, es decir, la entidad del sacrificio que ésta impone. Pero entonces ha de aceptarse un cambio radical en la perspectiva jurídica (el criterio ha dejado de ser el del círculo de afectados en relación con el principio de igualdad, para pasar a ser siempre el de la gravedad relativa del sacrificio impuesto, con independencia de la mayor o menor amplitud de aquel círculo); cambio radical, que implica la transmutación de la doctrina en otra de las también formuladas en torno a la delimitación de la expropiación: la conocida por «teoría de la gravedad» o «Schweretheorie».

Además, esta transustanciación velada sería en todo caso imperfecta, por cuanto el criterio de la profundidad seguiría condicionado en su aplicación por otro (el del número de los afectados), cuya ambigüedad e imprecisión —según se ha visto— es prácticamente absoluta.

La conclusión, pues, no puede ser otra que la de que, aun por esta vía, la doctrina analizada tampoco conduce a resultados positivos que mejoren el estado de la cuestión.

Esta última crítica nos permite retomar el hilo de la argumentación en el punto crucial en que se hacen patentes las insuficiencias de la «Sonderopfertheorie», a saber, en la incapacidad del principio de igualdad —aun entendido como interdicción de la distribución desigual de las cargas— para servir de base por sí mismo a la constatación puntual de la existencia o no de un sacrificio especial. Porque aun aplicando dicho principio, según señala BREUER<sup>100</sup>, los factores determinantes de un tratamiento igual o desigual son demasiado numerosos y la valoración de cuál de entre ellos debe ser predominante es lo suficientemente insegura como para que, por esta vía, sea posible encontrar una regla o estándar fiable. En definitiva, la decisión en torno a la concurrencia o no de sacrificio especial sólo aparece posible si se acude a otros criterios de valoración, abandonando el principio de igualdad como orientación básica.

El propio Tribunal Federal de lo Civil es consciente de esta insuficiencia básica de su doctrina (en su formulación «clásica» de 1952), por lo que —aún resistiéndose a abandonar formalmente los postulados de ésta y persistiendo en el mantenimiento conceptual de los mismos— ha recurrido de hecho en muchas de sus resoluciones a otros puntuales criterios materiales, enjuiciando con arreglo a ellos la concurrencia o no de sacrificio especial. Entre estos criterios, cabe citar los siguientes: «la perspectiva económica» («Wirtschaftliche Betrachtungsweise»), «la perceptibilidad de la incidencia» («Fühlbarkeit des Eingriffs») y «la frontera del sacrificio» («Opfergrenze»), «vinculación social» («Pflichtigkeit»), «vinculación por razón de la situación» («Situationsgebundenheit»), etc....<sup>101</sup>.

<sup>100</sup> Rüdiger BREUER: *op. cit.*, pág. 53.

<sup>101</sup> *Vid.* una exposición extensa de la utilización por el «Bundesgerichtshof» de estos criterios en Josef AICHER: *Grundfragen...*, *op. cit.*, pág. 174 y sigs.

C) *La teoría de la gravedad de la lesión («Schweretheorie»)*

El Tribunal Federal de lo Contencioso-administrativo («Bundesverwaltungsgericht»), desde su básica Sentencia de 27 de junio de 1957<sup>102</sup>, se ha pronunciado —con expreso rechazo de la doctrina del Tribunal Federal de lo Civil— por la necesidad de delimitar la expropiación con criterios materiales y no formales, sosteniendo que el criterio válido a tal efecto no es otro que el de la profundidad o gravedad de la incidencia estatal en el patrimonio privado.

En efecto, en dicha Sentencia se afirma que la característica de la expropiación, para su diferenciación de la mera definición del contenido del derecho de propiedad, no reside en el supuesto sacrificio especial que representa, sino en «el momento material de la gravedad y alcance de la incidencia».

El abandono de la perspectiva formal y la afirmación de la primacía de los criterios materiales reveladores del grado de afección de la propiedad por las medidas estatales constituyen los datos positivos de la tesis del «Bundesverwaltungsgericht», como pone de relieve BREUER<sup>103</sup>. Pero no puede reconocerse a la misma en el debate sobre los límites del instituto expropiatorio, más efecto positivo que el volver a situar aquél en un punto de partida correcto, por más acorde con el contexto de técnicas jurídico-públicas en el que debe considerarse actualmente inserto el régimen propio del derecho de propiedad. En todo caso, FORSTHOFF<sup>104</sup> advierte que esta nueva perspectiva significa la renuncia —frecuente en el moderno Derecho público— a un criterio objetivo y la remisión a las circunstancias del caso concreto cuya casuística persigue como objetivo el logro de una solución adecuada a dicho caso concreto; el precio que ha de pagarse por esta renuncia es una considerable dosis de inseguridad jurídica.

El Tribunal Federal de lo Contencioso-administrativo no ha conseguido, en efecto, aislar y hacer técnicamente operativo ese «momento material de la gravedad y alcance de la incidencia» que él mismo destaca como esencial para la caracterización jurídica de la expropiación. Su jurisprudencia posterior a la decisión inicial de 1957, lejos de concretar en términos jurídicos aquel momento, se diluye —haciendo certero el análisis de FORSTHOFF— en la utilización de una pluralidad de criterios materiales, que en gran parte de los casos coinciden —por demás— con los de hecho empleados en su más reciente doctrina por el «Bundesgerichtshof» bajo el ropaje formal de su tesis del sacrificio especial<sup>105</sup>.

Esta confluencia final —en los criterios manejados a la hora de la resolución de los casos concretos— entre la doctrina contencioso-administrativa y la civil (cuando ésta, aún resistiéndose al abandono formal de su teoría del sacri-

<sup>102</sup> La doctrina sentada en esta Sentencia se ha consolidado en la jurisprudencia del Tribunal. En el mismo sentido se han pronunciado, en efecto, las posteriores de 30 de noviembre de 1958, 8 de julio de 1960, 14 de junio de 1968 y 13 de junio de 1969.

<sup>103</sup> Rüdiger BREUER: *op. cit.*, pág. 58.

<sup>104</sup> Ernst FORSTHOFF: *op. cit.*, pág. 317.

<sup>105</sup> *Vid.* en Josef AICHER (*Grundfragen...*, *op. cit.*, pág. 224 y sigs.) una exposición sintética de los criterios utilizados por el «Bundesverwaltungsgericht», con expresa llamada de atención a su coincidencia con los invocados por el «Bundesgerichtshof». Entre estos criterios se encuentran los de «vinculación social», «vinculación en razón de la situación», «afectación de la sustancia del derecho», etc.

ficio especial, se ha visto en la precisión de corregirla mediante el recurso a criterios materiales) confirma el juicio antes adelantado de que la primera no supone un avance sustancial en la solución del problema. Sin embargo —AICHER llama la atención sobre este extremo<sup>106</sup>— el «Bundesverwaltungsgericht» tiene en su haber la consecuencia dogmática (adecuación de los criterios empleados al punto de partida) que no cabe predicar del «Bundesgerichtshof», en cuanto en la doctrina de éste se produce un solape inconsecuente de una distinción formal (generalidad-especialidad) con criterios materiales.

Puede concluirse con BREUER<sup>107</sup>, por tanto, que el camino emprendido por el Tribunal Federal de lo Contencioso-administrativo sólo es independiente y merece ser valorado en su punto de partida, pero no así en su aplicación puntual a los casos concretos; campo éste, en el que no ha sido objeto del preciso contraste.

#### D) La teoría de la dignidad de la protección («Schutzwürdigkeitstheorie»)

La base teórica para el salto desde la perspectiva formal a la sustantiva o material (basada ésta en la gravedad o intensidad de la intervención estatal) que se produce desde la doctrina del Tribunal Federal de lo Civil a la del Tribunal Federal de lo Contencioso-administrativo, la había ofrecido ya esta teoría, de formulación cronológica muy anterior —en la época de la República de Weimar— y cuyo autor es Walter JELLINEK<sup>108</sup>.

La tesis de JELLINEK, que tuvo en la época de Weimar gran resonancia y aceptación<sup>109</sup>, conecta con la doctrina de Otto MAYER sobre las limitaciones jurídico-públicas a la propiedad, conforme a la cual estas limitaciones no son más que expresión de una debilidad previa e inmanente con carácter general a la propiedad, por lo que no resultan de las leyes, sino de necesidades de la convivencia humana ordenada reconocidas con carácter general; de modo que la propiedad (específicamente la inmobiliaria), padece, en este sentido, de «indefensión» («Wehrlosigkeit»)<sup>110</sup>.

Pues bien, la teoría de la dignidad de la protección puede resumirse esquemáticamente —siguiendo a LEISNER<sup>111</sup>— así: la propiedad posee una específica debilidad frente a la ley, en el sentido de que no todos los ataques a la misma por parte de ésta pueden ser calificados de expropiación (son experimentados social y jurídicamente como tal). La distinción entre el ámbito de lo digno de protección y el de lo que no lo es en la propiedad resulta posible a partir del empleo concurrente de diversos elementos: la Historia,

<sup>106</sup> Josef AICHER: *Grundfragen...*, op. cit., págs. 226 y 227.

<sup>107</sup> Rüdiger BREUER: op. cit., pág. 59.

<sup>108</sup> Walter JELLINEK la formula por primera vez en su *Gutachten für den 36. Deutschen Juristentag*, publicado en «Verhandlungen des 36. Deutschen Juristentages», Band I (Gutachten), Berlín y Leipzig, 1930, pág. 292 y sigs.

<sup>109</sup> En este sentido, Rüdiger BREUER (op. cit., pág. 55), quien cita entre los autores que se adhirieron a la teoría de JELLINEK a Karl ARNDT, ASCHER, ACKERMANN y STÖDTER.

En todo caso, la teoría fue objeto de crítica desde los primeros momentos por autores tan caracterizados como Gerhard ANSCHÜTZ: *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11 August 1919*, 14 Auflage, Berlín, 1933.

<sup>110</sup> Otto MAYER: *Deutsches Verwaltungsrecht*, Band II, 3 Auflage, München y Leipzig, 1924, pág. 118 y sigs.

<sup>111</sup> Walter LEISNER: op. cit., pág. 31.

los valores sociales establecidos («allgemeine Anschauungen»), los usos lingüísticos y las expresiones legales. Las limitaciones a la propiedad serían susceptibles de representación gradual sobre una escala que iría de 0 (inexistencia de propiedad) a 100 (propiedad absolutamente ilimitada). Determinante de la posición o grado en tal escala, a su vez, sería una pluralidad de factores: intensidad de la intervención, número de afectados por la misma, fin de la medida, etc....

Es importante —para la correcta comprensión de esta teoría— la observación del propio LEISNER de que constituye una manifestación del sincretismo dominante en la época tardía de la República de Weimar. No intenta, por lo tanto, el deslinde entre expropiación y simple definición legal del contenido del derecho de propiedad a partir de un supuesto concepto de «dignidad de la protección»; antes al contrario, renuncia a tal propósito, pues dicha expresión no es sino todo lo más un concepto «cajón de sastre» para resumir en él (quizás con una pretensión sistemática no alcanzada) los diversos y heterogéneos criterios llamados a producir, concurrentemente, aquel deslinde. Y esta operatividad concurrente no tiene lugar con arreglo a un sistema previo que los interrelacione y los estructure.

En último término, la «Schutzwürdigkeitstheorie» define la expropiación simplemente como la intervención del poder público en un Derecho privado digno de ser protegido, pero la concreción en cada caso de esta última cualidad del derecho afectado no queda referida a un criterio general y previo preciso, sino remitida a la evaluación conjunta de una pluralidad de ellos. En su consecuencia, transfiere lisa y llanamente el problema al proceso de aplicación del Derecho y, en definitiva, lo deja en manos de los Tribunales. A la acusación de falta de seguridad jurídica hecha a su teoría por esta razón respondió el propio JELLINEK sosteniendo que si bien es más imprecisa que otras, por contra es más correcta.

Lo cierto es, sin embargo, que esta teoría no resiste las dos principales críticas de que ha sido objeto<sup>112</sup>:

a) La renuncia a una precisa diferenciación sustantiva entre expropiación y definición de los límites del derecho de propiedad.

La técnica de la gradación de las limitaciones de la propiedad representada en una teórica escala de mayor a menor incidencia en la misma conduce a una indebida restricción del ámbito de la expropiación en beneficio de la mera imposición de limitaciones no indemnizables a la propiedad, por cuanto hace prácticamente imposible razonar con fundamento sólido la conversión del simple proceso gradual de progresiva intensidad de la mera limitación en otro sustantivamente diverso de naturaleza expropiatoria con obligación de indemnización.

b) La construcción de la escala expresiva de las intervenciones públicas de que puede ser objeto la propiedad según su gradual intensidad sobre criterios objetivos es sólo aparente, como pone de relieve la libre fijación por el propio JELLINEK de la frontera entre la expropiación y la simple delimitación del

<sup>112</sup> El «Bundesgerichtshof» la ha rechazado expresamente en su fundamental Sentencia de 10 de junio de 1956 y en otras posteriores.

contenido de la propiedad en la cifra o grado 40 de la escala, así como la valoración sobre ésta de la intensidad de la intervención estatal con base en la regla «dolor compartido es medio dolor» («geteilter Schmerz ist halber Schmerz»). Por tanto, la supuesta objetividad de la escala aparece quebrada por valoraciones y juicios subjetivos, de política jurídica y, consecuentemente, no justiciables <sup>113</sup>.

E) *Teoría de la exigibilidad («Zumutbarkeitstheorie»)*

En la misma línea emprendida por JELLINEK de la búsqueda de criterios materiales para la delimitación del instituto expropiatorio para con respecto a la mera fijación de límites a la propiedad, se sitúa la tesis de STÖDTER <sup>114</sup> conocida como teoría de la exigibilidad.

El punto de partida lo constituye —al igual que en la posterior jurisprudencia del «Bundesgerichtshof»— el principio de igualdad. La expropiación es, así, toda intervención del poder público en un derecho subjetivo de contenido patrimonial que incida en éste de forma desigual. Pero la determinación del dato de la desigualdad o, lo que es lo mismo, del sacrificio especial, no puede operarse a partir de criterios formales, sino sustantivos o materiales. A este respecto, el criterio básico es el de la medida y profundidad de la intervención y de su afección de la sustancia del derecho de que se trate. La aceptación sin indemnización de la incidencia en el contenido accidental del derecho es siempre exigible del afectado; por contra no lo es la que actúe sobre el contenido sustancial del derecho.

Para solucionar el problema básico de la concreción del momento en que tiene lugar un ataque al contenido sustancial del derecho, STÖDTER acude prácticamente a los mismos criterios utilizados por JELLINEK (alcance económico de la intervención, valores sociales establecidos, principios del ordenamiento jurídico), si bien sin el corolario de valoraciones subjetivas que este último autor les añadía. Por ello mismo, esta teoría está expuesta básicamente a las mismas críticas formuladas a la «Schutzwürdigkeitstheorie». En especial se le ha achacado que, si bien facilita sin duda la decisión en los casos más dudosos (significativamente los urbanísticos), no aporta más que un concepto vago e impreciso de la «exigibilidad» imputable al propietario <sup>115</sup>.

Sobre ello, se ha dicho también que la oposición del par de conceptos sustancial=inexigible - accidental=exigible propio de esta teoría es igual de insatisfactoria que la de los conceptos igual=general - desigual=especial que operan la «Einzelakttheorie» y la «Sonderopfertheorie».

<sup>113</sup> Vid. Rüdiger BREUER: *op. cit.*, pág. 55.

<sup>114</sup> Rolf STÖDTER formula por primera vez su teoría en su obra *Öffentlich-rechtliche Entschädigung*, Hamburgo, 1933; la mantiene, después de la promulgación de la Ley Fundamental de Bonn, en su trabajo *Über den Enteignungsbegriff*, en la revista «Die Öffentliche Verwaltung», 1953.

Por la doctrina se considera, en general, esta teoría como muy similar a la de W. JELLINEK. En este sentido, Hans DIESTER: *op. cit.*, pág. 140; también en nuestra doctrina, Alejandro NIETO: *op. cit.*, en nota de pie de página núm. 25.

<sup>115</sup> En este sentido, Hans DIESTER: *op. cit.*, pág. 141.

Luciano Parejo Alfonso

F) *Teoría de la minoración de la sustancia («Substanzminderungstheorie»)*

Esta teoría, formulada también en la época de la República de Weimar y cercana a las dos anteriores de JELLINEK y STÖDTER, se debe a SCHELCHER <sup>116</sup>. Conforme a la misma existe expropiación cuando la intervención del poder público afecta la sustancia misma o el contenido nuclear del derecho patrimonial de forma tan intensa, que destruye o, al menos, condiciona decisivamente dicho derecho en sus funciones económicas esenciales <sup>117</sup>. Dos supuestos básicos distingue en la forma en que puede producirse esta intervención:

a) Por ley general; en cuyo caso la incidencia expropiatoria ha de concretarse en una total privación de la propiedad o, cuando menos, en una ablación parcial de la sustancia del objeto sobre el que aquella recae.

b) Por ley o acto administrativo no estrictamente reglado dirigidos a un círculo geográfico y materialmente reducido de personas; en cuyo caso la incidencia expropiatoria se manifiesta ya en la simple limitación de las facultades del derecho de propiedad por causa de utilidad pública <sup>118</sup>.

Como se ve, aún cuando esta teoría se suele encuadrar entre las materiales (por poner, en principio, el acento en la afección del contenido sustancial de la propiedad), lo cierto es que consiste en una ecléctica combinación (muy propia, según hemos ya notado, de la época weimariana) de elementos materiales y formales, que se manifiesta claramente en la distinción de los dos supuestos referidos. Se ha opuesto a la misma con razón, por tanto, que, sobre no obviar los inconvenientes que presenta la teoría del acto concreto y sus variantes, queda expuesta a las críticas de las soluciones eclécticas o sincréticas, sin que —de otro lado— logre una suficiente precisión conceptual del criterio de la «minoración de la sustancia» que aporta como novedad.

G) *Teoría de la utilidad privada («Privatnützigkeitstheorie»)*

Esta teoría, formulada por REINHARDT <sup>119</sup> en la primera mitad de los años cincuenta representa el más importante de los intentos realizados ya bajo la vigencia de la GG de proceder a una nueva delimitación de la expropiación con arreglo a criterios materiales.

Comienza REINHARDT afirmando la invalidez de las soluciones ensayadas hasta la fecha, precisamente por abordar el problema bien desde la perspectiva de la expropiación, bien desde la de la «Sozialbindung», siendo así que el concepto abstracto de «interés público» (común a ambas perspectivas) no ofrece base bastante para operar el deslinde entre las dos instituciones. El

<sup>116</sup> Walter SCHELCHER: *Gesetzliche Eigentumsbeschränkung und Enteignung*, en «Archiv für Öffentliches Recht», «Neue Folge», núm. 18, pág. 321 y sigs.

<sup>117</sup> Joseph H. KAISER: *Verfassungsrechtliche Eigentumsgewähr, Enteignung und Eigentumsbindung in der Bundesrepublik Deutschland*, en la obra colectiva «Staat und Privateigentum», patrocinada por el Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlín, 1960, pág. 31.

<sup>118</sup> Rüdiger BREUER: *op. cit.*, pág. 57.

<sup>119</sup> Rudolf REINHARDT: *Wo liegen für den Gesetzgeber die Grenzen, gemäss Art. 14 des Bonner Grundgesetzes, über Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen?*, en la obra conjunta con Ulrich SCHEUNER titulada *Verfassungsschutz des Eigentums*, ya citada, pág. 10 y sigs.

camino correcto es, más bien, el de la búsqueda de criterios materiales aptos para realizar dicho deslinde, en la línea ya emprendida por la «Schutzwürdigkeitstheorie» o la «Zumutbarkeitstheorie» si bien añadiendo al tradicional y prácticamente exclusivo punto de vista jurídico-público el propio del Derecho privado.

Sentada esta premisa metodológica, el desarrollo del discurso de REINHARDT puede sistematizarse así:

1. Cuestión previa decisiva es la determinación precisa de los principios que rigen el orden de la convivencia social y que, consecuentemente, actúan también en el área del específico problema ahora investigado. No se trata de identificar simples ideales o valores («Vstellungen von Idealbildern») de alcance simplemente ético o moral, sino de precisar la estructura del orden vigente («die Struktur der geltenden Ordnung»); estructura que tiene su fundamento en la Constitución.

En este orden de cosas se tropieza con la idea tópica de que la GG ha evitado toda decisión en favor de un determinado sistema económico. Pero lo cierto es que, si bien la Ley Fundamental no ha proclamado —como único válido— un específico sistema (su artículo 15 abre la posibilidad, en efecto, al tránsito en determinados ámbitos a una economía socializada), no ha renunciado —por contra— a toda decisión en la materia<sup>120</sup>. Y a este respecto tiene decisiva importancia la garantía por la GG de concretas instituciones, que indudablemente han de imprimir carácter al orden económico, porque con dicha garantía se establece simultáneamente el fundamento de la operatividad de determinadas fuerzas sociales básicas.

Pues bien, el artículo 2.º reconoce y garantiza la libertad personal o individual y el artículo 14 hace lo propio con la propiedad privada y ambos, como resultante y en opinión de REINHARDT, lo que este autor denomina «el orden jurídico privado» («Privatrechtsordnung»). La consecuencia de la garantía de este orden es el otorgamiento por la Constitución de una decisiva significación para la puesta en marcha y conformación del proceso económico entero a un factor: la iniciativa o el interés privados; dicho de otro modo, el principio de la utilidad privada («Prinzip der Privatnützigkeit»).

2. Establecido así el principio básico vigente en el ámbito general de la economía y, por tanto, también en el más reducido de la propiedad, la cuestión radica en concretar el valor o alcance del mismo.

También aquí —afirma REINHARDT— se topa con un lugar común: la afirmación sin más de que, en el mundo de hoy, es decir, en una economía nacional dirigida a la consecución del bien común no cabe reconocer un valor específico relevante a la iniciativa privada; antes al contrario, en dicha economía ha de afirmarse la primacía del papel del poder público y, más aún, la sustitución por éste de aquella iniciativa, con la consecuencia —en el

<sup>120</sup> Advierte REINHARDT en este punto que el ordenamiento jurídico no tiene por finalidad prefigurar normativamente sistemas económicos en cuanto tales, pues su objeto se reduce a las instituciones en las que han de desarrollarse las actividades económicas humanas; instituciones que son determinantes de la forma de desenvolvimiento del proceso económico.



supuesto límite— de la transformación de la propiedad privada en propiedad común o colectiva.

Frente a esta objeción, REINHARDT sostiene que el principio de la utilidad privada posee un valor propio, el constituir la fuerza motriz y aun configuradora de la economía. La asignación al principio de tal eficacia la fundamenta en un doble orden de consideraciones:

a) La negación al principio de su valor propio sólo es posible a partir de la equiparación de su reconocimiento con la tesis maximalista de la afirmación de su virtualidad exclusiva para la conformación total del orden económico; equiparación que es falsa por no ser necesaria. De hecho, REINHARDT niega al principio de utilidad privada exclusividad como factor estructurante del citado orden económico, pues su operatividad en este sentido es concurrente con la de otros principios.

b) El valor propio de este principio resulta de una serie de manifestaciones sociales reales, tales como la tendencia a la actuación bajo la propia responsabilidad, así como a la aplicación de la mayor diligencia posible en la conservación de los valores <sup>121</sup>.

El valor del principio reside, por tanto, en el reconocimiento del deseo o ambición individuales como gran motor del proceso económico, pero no se agota en él, pues su elemento principal radica en que —desde el punto de vista jurídico— constituye un medio excepcional para la consecución de un equilibrio justo de los intereses en juego <sup>122</sup>. La tendencia a este equilibrio que le es inherente produce una positiva atenuación de las tensiones sociales. Sin embargo, en este punto REINHARDT se ve obligado a reconocer la importancia de que la regulación del orden de la propiedad abra a todos los ciudadanos, en la mayor medida posible, la posibilidad de acceso a la posesión de los bienes y a identificar precisamente aquí uno de los problemas más candentes y actuales del régimen del derecho de propiedad.

3. La constatación de que la utilidad privada por sí misma no es capaz de producir el equilibrio de intereses y, singularmente, de arbitrar una posibilidad efectiva de acceso generalizado a los bienes, obliga a introducir en el juego de dicho principio de la utilidad privada el pertinente factor corrector de desviaciones; factor que REINHARDT cree descubrir en la que él califica de garantía complementaria de la utilización de los bienes conforme a su función («ergänzende Sicherung funktionsgerechter Verwendung der Güter»).

Esta incapacidad del principio de utilidad privada para solucionar adecuadamente los problemas de orden social no es inherente al mismo, sino sobrevinida a virtud de las características del actual sistema social. Los avances de la técnica, la aplicación al proceso de producción de un volumen de energías hasta ahora desconocido y la concentración de la población en reducidos es-

<sup>121</sup> El que esté en peligro de experimentar una pérdida o un perjuicio —dice REINHARDT— empleará la máxima previsión y el máximo esfuerzo por impedirlos.

<sup>122</sup> El principio de utilidad privada —en opinión de REINHARDT— no erige el egoísmo en la medida de las cosas. La libertad de actuación no es nunca, como elemento de un orden jurídico, equivalente al individualismo anárquico. Al contrario, alcanza su verdadero y profundo sentido jurídico cuando se la considera como factor que contribuye a la recíproca compensación de intereses.

pacios (urbanos), determinan —en efecto— que la existencia del individuo se haga cada vez más dependiente del comportamiento de sus conciudadanos y de las instalaciones de la técnica y de la economía y que, por tanto, la repercusión sobre el bienestar general de procesos y comportamientos específicos adquiere progresivamente mayor dimensión.

Como consecuencia, pues, de todo ello la doble idea de que los bienes tienen siempre, en la vida de la colectividad, una determinada función y de que el cumplimiento de ésta debe ser objeto de la máxima protección frente a cualquier perturbación va pasando cada vez a un primer plano en el régimen de la propiedad en la calidad precisamente de factor corrector a la que antes se hizo referencia.

4. De las consecuencias que REINHARDT extrae de todo el razonamiento anterior interesa aquí resaltar dos.

En primer término, la más importante y de carácter general: aún cuando no sea ya de recibo la idea liberal de la suficiencia de la iniciativa privada para la resolución de todos los problemas sociales (incluso los atinentes al bien común), tampoco existe razón —a la inversa— para excluir del proceso económico el valor propio del principio de la utilidad privada. Antes bien, parece más acertado intentar resolver las indudables deficiencias del sistema de modo orgánico, es decir, manteniendo la operatividad real del principio en cuestión. Ello significa el aseguramiento de las exigencias del bien común, mediante el reconocimiento a la iniciativa e interés privados de su función de puesta en marcha y determinación de la dirección general del proceso económico, pero la simultánea habilitación al legislador de ejercer —respetando aquel principio— la influencia y, en su caso, la coacción necesarias que aseguren, frente a perturbaciones o desviaciones, la utilización de los bienes conforme a su función. El equilibrio entre interés e iniciativa privados de una parte e interés e iniciativa públicos de otra viene dado pues —y esto es importante— por la interdicción al poder público de exclusión del principio de utilidad privada, es decir, de resolver los problemas sociales sin utilización de este factor básico de la vida colectiva.

En opinión de REINHARDT este es precisamente el esquema a que responde el artículo 14 GG. La propiedad privada debe servir al bien común o, lo que es lo mismo, tiene una función social. Pero, por lo mismo, y precisamente porque tal función pertenece al contenido mismo del derecho de propiedad, éste sólo puede existir en la medida en que el factor de utilidad privada inherente al mismo esté garantizado frente al poder omnímodo del Estado. La conclusión final es la de que la garantía de la utilidad privada significa, en último término, no el rechazo de toda intervención estatal sobre la propiedad por causa del interés público, sino la reducción de la legitimidad de dicha intervención a las medidas que no excluyan o, cuando menos, condicionen decisivamente el principio de la utilidad privada como factor de ordenación de la economía.

En segundo término y como conclusión referida ya al tema que nos ocupa: la intervención estatal debe reputarse de expropiación cuando implique la destrucción o privación de la utilidad privada inherente a la posición patri-

monial afectada por la misma; por el contrario, dicha intervención reviste el carácter de mera definición del contenido y límites del derecho de propiedad, cuando respeta el principio de la utilidad privada.

La doctrina alemana actual coincide en calificar la teoría de REINHARDT como el ensayo más relevante de los realizados en los últimos tiempos en orden a la delimitación de los campos propios de la expropiación y de la «Sozialbindung»<sup>123</sup>. Como uno de los avances en la materia que la teoría supone, se ha destacado<sup>124</sup> el de haber puesto de relieve la exigencia dimanante de la Constitución de un estricto equilibrio entre las iniciativas privada y pública; exigencia que permite una mayor perfilación de los principios de intervención mínima indispensable («Mindesteingriff») y de proporcionalidad («Verhältnismässigkeit») y la consecuente calificación como ilegales, mediante la aplicación de tales principios, de aquellas medidas públicas adoptadas con incorrecta valoración de la necesidad, para alcanzar el fin público perseguido, de exclusión de la iniciativa o utilidad privadas.

Si bien alguna de las críticas que a esta teoría se han formulado carecen —como la de HAAS<sup>125</sup>— de verdadero fundamento, lo cierto es que las principales aciertan a poner de relieve las insuficiencias de la misma, en cuanto coinciden en que lejos de resolverlo, circunscribe el problema del deslinde entre expropiación y fijación de límites del derecho de propiedad. Como destaca BREUER<sup>126</sup>, deja irresuelta la cuestión de la precisa definición de la utilidad privada; definición que habría de operarse bien diferenciando dicha utilidad de la función social de la propiedad o bien —como pretende REINHARDT, sin llegar a realizarlo— estableciendo sus límites derivados a partir de su inmanente funcionalidad social. Aun aceptando esta última alternativa, el concepto de utilización del bien conforme a su función social sigue siendo problemático, por lo discutible del aprovechamiento que debe tomarse precisamente como el conforme a la funcionalidad social del bien (¿una función establecida con carácter general y abstracto, la que resulte en cada momento de la legislación en vigor o, por el contrario, la que responda a la situación fáctica del bien?). En definitiva, el problema radica en que la precisión de este extremo no es posible sino a partir de una decisión de política jurídica. La eficacia práctica, pues, de la teoría de la utilidad privada queda así en entredicho; razón ésta por la que probablemente no haya sido acogida por la doctrina jurisprudencial, a pesar de que tanto el «Bundesgerichtshof» (p. ej. en su Sentencia de 26 de noviembre de 1954), como el «Bundesverfassungsgericht» (p. ej. en su Sentencia de 18 de diciembre de 1968) se han referido expresamente a los criterios empleados por la misma.

Por demás, la teoría de la utilidad privada —en cuanto conectada con las

<sup>123</sup> En este sentido, Rüdiger BREUER: *op. cit.*, págs. 59 y 60; Walter LEISNER: *op. cit.*, pág. 174, y Josef AICHER: *Grundfragen...*, *op. cit.*, pág. 230.

<sup>124</sup> En este sentido, Josef AICHER: *Grundfragen...*, *op. cit.*, pág. 231.

<sup>125</sup> Diether HAAS (*System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten*, Karlsruhe, 1955, pág. 13) opone a la tesis de REINHARDT ya de principio la incorrección del fundamento constitucional del principio de utilidad privada. Para él el artículo 2.º GG no contiene valores materiales algunos y el artículo 14 GG no permite extraer de él tampoco aquel principio.

<sup>126</sup> Rüdiger BREUER: *op. cit.*, pág. 60.

llamadas «Zweckentfremdungstheorien»— está sujeta a la crítica de que éstas han sido objeto <sup>126 bis</sup>.

H) *Otras posturas doctrinales; la resignación doctrinal ante la dificultad de hallar una fórmula abstracta válida con carácter general*

En la más reciente doctrina alemana continúan aún produciéndose aislados esfuerzos por encontrar una fórmula capaz de establecer con precisión los límites que marcan el tránsito de la definición del contenido del derecho de propiedad a la expropiación de éste.

SELLMAN <sup>127</sup>, por ejemplo, alterando el planteamiento tradicional del problema, sostiene que ha de abandonarse la perspectiva del patrimonio de los afectados en favor del punto de vista de la colectividad. De este modo, la cuestión no radica en la elaboración de criterios para comprobar si la intervención estatal debe o no ser soportada sin más por el propietario, sino en la determinación de si —ante una medida concreta y sus consecuencias— la comunidad en cuanto tal, es decir, el Estado puede o no hacer frente a la compensación de los perjuicios patrimoniales que para los ciudadanos se derivan de dicha medida, de si al Estado es en definitiva exigible la indemnización por dichos perjuicios; determinación que, además, se remite a la decisión judicial del caso concreto.

La vulnerabilidad a la crítica de esta tesis salta a la vista. Más que una fórmula de positiva delimitación de los ámbitos respectivos de la expropiación y de la mera vinculación social expresa en realidad una pura renuncia a establecer tal delimitación, cuando menos a partir de criterios jurídicos. Porque la decisión sobre la exigibilidad o no al Estado de indemnización por la adopción de una medida depende necesariamente de la posición política básica de que se parta. En todo caso, la atribución al Juez de la responsabilidad de tal decisión excede con mucho del marco de las que institucionalmente cabe reputar propias de la función judicial.

RITTSTIEG <sup>128</sup>, por el contrario, ha propugnado bien recientemente la vuelta al concepto clásico de expropiación como proceso de adquisición de bienes por el poder público. La tesis de este autor es ciertamente interesante y merece, por ello, una exposición algo más detallada. Su razonamiento es, en sus puntos básicos, el siguiente:

— La afirmación de una diferencia cualitativa o de naturaleza entre la expropiación y la vinculación social de la propiedad constituye el punto de partida.

— El planteamiento tradicional de la cuestión es erróneo, pues las teorías elaboradas no persiguen realmente la identificación del concepto constitucional de expropiación, más bien se refieren a la definición legal del contenido del derecho de propiedad y procuran ligar a los órganos legislativos

<sup>126 bis</sup> Vid. el punto IV, apartado A, f), de la primera parte de este trabajo en el número 17 de esta Revista.

<sup>127</sup> Martin SELLMANN: *op. cit.*, en nota 29.

<sup>128</sup> Hellmut RITTSTIEG: *op. cit.*, págs. 411 a 415.

—en el ejercicio de su función— al *statu quo* social o a un *statu quo ante*, sin por ello excluir del todo las facultades de adaptación a nuevas circunstancias del ordenamiento jurídico. Las teorías en cuestión constituyen una reacción frente a la democratización de la legislación <sup>129</sup>.

— Es preciso revisar totalmente el concepto actual de la garantía constitucional de la propiedad en la línea de las conclusiones del debate desarrollado a lo largo del siglo XIX en torno al «derecho adquirido», tal como éstas fueron formuladas por Lorenz von STEIN, LASALLE, MEYER y WAGNER <sup>130</sup> o, desde otro punto de vista, del ejemplo dado por el poder judicial norteamericano <sup>131</sup>.

— La expropiación es, pues, un proceso de adquisición de bienes en el que el consentimiento del afectado puede ser sustituido, con base en la ley habilitante, por acto de *imperium*.

Todo lo demás es pura vinculación social de la propiedad, aun cuando ésta incida restrictiva o ablativamente en el estado patrimonial sobre el que opera, pues la privación de derechos por sí sola no es nota característica de la expropiación.

A partir de la atribución a un legislador legitimado democráticamente de la potestad de definir el contenido del derecho de propiedad cuantas veces lo estime necesario no es posible ya sostener la perpetuidad de los derechos legítimamente adquiridos. Por ello, el pago de una indemnización con motivo de la alteración de la distribución de los valores —valores que fueron creación social y por tanto pasaron a ser de utilización asimismo social— no constituye más que un verdadero regalo a los ya sólo nominalmente propietarios o titulares de los mismos.

Esta disponibilidad del orden social patrimonial por parte del legislador no es, sin embargo, absoluta. El límite del poder de transformación del ordenamiento jurídico está representado por la equidad, en el sentido de una positiva

<sup>129</sup> «Después de transcurridos más de cincuenta años desde el final del Imperio —dice textualmente RITTSTIEG— debería haberse incrementado la predisposición de los juristas constitucionales a aceptar la función configuradora de un legislador surgido de elecciones generales y libres, incluso en el ámbito de la ordenación de la propiedad. No es posible continuar sosteniendo la concepción de la garantía constitucional de la propiedad elaborada en la época de Weimar como reacción al cambio experimentado por el panorama político y adaptada luego por el "Bundesgerichtshof" a la situación de la segunda posguerra mundial.»

<sup>130</sup> Tales conclusiones giran en torno a la afirmación de la facultad de permanente desarrollo del ordenamiento jurídico y, consecuentemente, de la negación de derechos adquiridos frente a tal facultad. Los derechos privados sólo tienen asegurada su permanencia en la medida misma en que la Ley vigente en cada momento contemple el contenido de los mismos como posible o permitido.

<sup>131</sup> Se refiere RITTSTIEG al giro copernicano impreso por la «Supreme Court» norteamericana a su jurisprudencia a partir de una decisiva Sentencia de marzo de 1937 dictada en el caso «West Coast Hotel Co. versus Parish». Hasta dicho fallo, el Tribunal Supremo había venido sosteniendo la ilegalidad de la legislación interventora en la vida social, concretamente las leyes formuladas como consecuencia de la política presidencial del «New Deal», con base en la identificación de la 14 enmienda a la Constitución con el principio liberal del *laissez faire* y en la sustantivación de la regla del *due process* inicialmente de carácter exclusivamente procesal.

La Sentencia de marzo de 1937 citada —posible por el cambio de postura de uno de los jueces— declaró la constitucionalidad de una ley que fijaba el salario mínimo para las mujeres. La libertad garantizada por la Constitución —razona el fallo— es la libertad resultante de la organización social, y en el marco del *due process*, de la regulación por ley.

exigencia de respeto al principio de proporcionalidad en el proceso de definición legal del contenido del derecho de propiedad. De ahí que, de un lado, la modificación del régimen legal que posibilite una adaptación al nuevo orden de todos los afectados no pueda nunca estimarse como expropiación, ni con base en ella quepa en ningún caso reconocer derecho a indemnización, y, de otro lado, la infracción del principio de proporcionalidad no deba conducir a la calificación de la medida estatal como expropiación, pues más bien se estaría simplemente ante una vinculación social inconstitucional (conclusión ésta más severa y, por tanto, más favorable incluso para los particulares).

Con ser esta tesis muy sugestiva y tener el mérito de destacar la tradicional e indebida sobrevaloración de la «resistencia» de los derechos privados a las potestades del legislador, lo cierto es que sus insuficiencias son notorias. En primer término restringe excesivamente el concepto de expropiación, que en la actualidad es claro que no se limita a los supuestos de adquisición de bienes para un servicio público. Y en segundo lugar —y esto es lo más importante— no facilita un criterio seguro para deslindar la vinculación social de los ataques legales a la propiedad inconstitucionales; la referencia a la equidad y su concreción a través del principio de proporcionalidad deja la cuestión en los mismos términos en que ya se encontraba. Téngase en cuenta que para la solución del fondo de la cuestión (la delimitación del ámbito propio de la vinculación social) es secundario que los ataques inconstitucionales a la propiedad se califiquen de medidas legales ilegítimas y no de expropiación o de intervención equivalente a expropiación y que no parece que RITTSTIEG haya querido excluir la responsabilidad estatal por los perjuicios causados con ocasión de dichas medidas inconstitucionales.

Sin perjuicio de los expuestos intentos por conseguir encontrar una fórmula positiva que resuelva el problema del deslinde entre los institutos expropiatorio y de vinculación social de la propiedad, la más reciente doctrina parece haber adoptado ante él una postura resignada de reconocimiento de la imposibilidad de tal propósito y de afirmación de que sólo la combinación de los diferentes criterios hasta ahora elaborados puede permitir el deslinde pretendido. Así, los casos de LEISNER y BREUER.

LEISNER<sup>132</sup> afirma que hay que establecer la línea divisoria entre ambas instituciones procediendo inductivamente a una sistematización de la doctrina jurisprudencial recaída en materia de propiedad. Esta ha partido ciertamente de fórmulas abstractas de dudosa validez, pero en la mayoría de los supuestos el caso concreto ha sido resuelto con base en puras consideraciones de equidad. Por ello, es posible reconocer en dicha doctrina los que llama «subprincipios», agrupando las Sentencias según los criterios básicos aplicados por las mismas en los diversos ámbitos de problemas planteados a tenor de los tipos de intervención estatal.

BREUER<sup>133</sup> por su parte, arranca de una posición básicamente idéntica a la de LEISNER: Debe admitirse que, a pesar de los repetidos intentos históricamente realizados, el problema que nos ocupa está aún por resolver dogmáticamente y que su solución no parece posible manteniendo la línea metodológica hasta ahora seguida. Pero esta constatación no puede significar la

<sup>132</sup> Walter LEISNER: *op. cit.*, pág. 192 y sigs.

<sup>133</sup> Rüdiger BREUER: *op. cit.*, pág. 62 y sigs.

*Luciano Parejo Alfonso*

simple renuncia a dar una respuesta jurídica coherente al mismo, porque aquél fracaso es imputable exclusivamente a la pretensión de hallar una gran y única fórmula capaz de trazar los límites de las instituciones de que se trata.

La alternativa metodológica válida no consiste en el extremo opuesto, es decir, en la dilución del problema en una total casuística. Ha de residir más bien en un término medio, precisamente en la línea emprendida por LEISNER.

A partir de aquí, sin embargo, la posición de BREUER se aparta de la de LEISNER, a cuya tesis de inducción de «subprincipios» a partir del análisis sistemático de la Jurisprudencia imputa dos serios inconvenientes: hacer de la doctrina jurisprudencial establecida la guía misma del proceso inductivo, predeterminando así los resultados de éste que quedan condicionados por el conservadurismo propio de la Jurisprudencia<sup>134</sup>, y avocar finalmente a unos «subprincipios» en calidad de simples postulados aislados no ligados entre sí por relación sistemática alguna, incurriendo en un nuevo eclecticismo o sincretismo.

Para BREUER, la concreción de criterios válidos no consiste en la identificación de principios o subprincipios, sino en un proceso que ha de desarrollarse mediante el aislamiento de grupos de problemas y tipos de situaciones conflictivas (procedimiento tipológico y tópico), su análisis y solución separada. A distintas situaciones y problemas corresponderán, pues, diversos criterios y soluciones. Tal pluralismo es, sin embargo, insoslayable en razón a la misma complejidad de dichas situaciones y problemas.

Sin perjuicio del mantenimiento de esta tesis BREUER realiza una afirmación que merece ser destacada: El hecho de que la Constitución enmarque la vinculación social en el dominio de la legislación «de configuración social» («sozialgestalterische Gesetzgebung»), mientras potencia —en el ámbito de la expropiación— las limitaciones del legislador y la potestad última decisoria del Juez, no representa contradicción alguna, pues es evidente que la norma fundamental responde a la idea de máxima conservación de los derechos dominicales y de la institución misma de la propiedad en cuanto hace a un núcleo esencial y de atribución al legislador en el resto de un amplio margen de maniobra para el desarrollo de una política jurídica y de conformación social no justiciable.

<sup>134</sup> Un sistema jurídico continental o codificado, dice BREUER, no puede ser transformado sin más en un *case law* por virtud de su vinculación a los precedentes judiciales.